HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	模写における創作性の判断基準 ： 豆腐屋事件
Author(s)	村井, 麻衣子
Citation	知的財産法政策学研究, 15, 341-370
Issue Date	2007-06
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43519
Type	departmental bulletin paper
File Information	15_341-370.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

判例研究

模写における創作性の判断基準
－豆腐屋事件－

東京地判平成18.5.11（平成17(ワ)26020号）最高裁WP［豆腐屋一審］
知財高判平成18.11.29（平成18年(ネ)第10057号）最高裁WP［豆腐屋控訴審］

村　井　麻衣子

【事実の概要】

本件は、江戸時代に制作された浮世絵を模写して製作された絵画が、豆腐のパッケージに印刷して使用されたことについて、著作権侵害が成立するか否か等が争われた事案である。

（１）亡Ａによる絵画の制作

亡Ａ（三谷一馬）は、昭和14年、東京美術学校日本画科を卒業後、挿絵の仕事をした後、40年にわたり、江戸風俗の研究家として、資料画の制作を行っていた。亡Ａは、「江戸吉原図聚」、「江戸物売図聚」、「江戸庶民風俗図絵」、「明治物売図聚」、「江戸職人図聚」、「定本江戸商売図絵」などをそれぞれ執筆刊行するなどし、昭和62年には、吉川英治文化賞を受賞した。

亡Ａは、原告絵画を制作し、上記「定本江戸商売図絵」（昭和61年５月15日発行。なお、昭和38年ころ、他の出版社より、「江戸商売図絵」として既に発行されていた。）に、収録した。

亡Ａは、原告絵画を、江戸時代に制作された浮世絵（「近世職人尽絵巻」に収録された「豆腐屋」の浮世絵。以下、「本件原画」という）を参考にし、それを模写して制作した（【図１】参照）。

亡Ａは、平成17年６月15日に死亡し、亡Ａの長男である原告は、遺産分割

協議の結果、亡Ａが有していた著作権と本件の損害賠償請求権を取得した。

（２）被告による原告絵画の使用

被告は、豆腐の製造・販売等を業とする日本ビーンズ株式会社である。

被告は、平成４年10月ころから、被告が製造販売した豆腐のパッケージに原告絵画を印刷して使用した（【図１】参照）（被告が製造販売するすべての製品において原告絵画が使用されたものではない）。被告は、被告各パッケージにおいて、その左下端に、「江戸時代Ａ画」と、それぞれ表示していた。被告は、平成17年３月12日ころ、亡Ａより、被告各パッケージに原告絵画を使用することは、原告絵画の著作権侵害であるとの指摘を受けたため、同月18日からは、原告絵画の使用を中止した。

以上の事実により、亡Ａの有していた著作権と本件の損害賠償請求権を取得した亡Ａの長男である原告が、被告が製造販売した豆腐のパッケージにおいて、原告絵画を亡Ａに無断で複製して使用したのみならず、亡Ａが江戸時代の画家であるかのような虚偽の氏名表示をしたとして、被告に対し、原告絵画の著作権侵害及び原告絵画についての著作者人格権（氏名表示権）侵害等に基づく損害賠償請求として合計２億7640万8264円[*1]のうち2000万円の支払を求めたのが本件である。

【判旨】

１．第一審判決：請求棄却

本件一審判決はまず、模写作品の著作物性について以下のように述べて

*1　原告は、「亡Ａは、これまで、故意による無断複製行為に対しては、原則として、通常の再使用料の３倍の額をペナルティとして請求していた」として、無断複製に対し、自らの計算に基づく損害合計額6860万2066円の三倍の額である２億0580万6198円、さらに氏名表示権の侵害について、慰謝料額が原告絵画の通常の使用料である6860万2066円を損害額として主張した。

いる。

「…模写作品が単に原画に付与された創作的表現を再現しただけのものであり、新たな創作的表現が付与されたものと認められない場合には、原画の複製物であると解すべきである。これに対し、模写作品に、原画制作者によって付与された創作的表現とは異なる、模写制作者による新たな創作的表現が付与されている場合、すなわち、既存の著作物である原画に依拠し、かつ、その表現上の本質的特徴の同一性を維持しつつ、その具体的表現に修正、増減、変更等を加えて、新たに思想又は感情を創作的に表現することにより、これに接する者が原画の表現上の本質的特徴を直接感得することができると同時に新たに別な創作的表現を感得し得ると評価することができる場合には、これは上記の意味の『模写』を超えるものであり、その模写作品は原画の二次的著作物として著作物性を有するものと解すべきである。」

そして、「機械や複写紙を用いて原画を忠実に模写した場合には、模写制作者による新たな創作性の付与がないことは明らかであるから、その模写作品は原画の複製物にすぎない」と述べたうえで、以下のように、「機械的模写ではなく原画を横において模写制作者自身の手でまねて描いた場合…には、いかに模写作品が原画そっくりであったとしても、それは模写制作者が多様な選択肢の中から一つの表現を選択した結果というべきであるからすべて創作性を認めることができるものである」との原告の主張を否定した。

「…著作権法は、著作者による思想又は感情の創作的表現を保護することを目的としているのであるから、模写作品において、なお原画における創作的表現のみが再現されているにすぎない場合には、当該模写作品については、原画とは別個の著作物としてこれを著作権法上保護すべき理由はないというべきである。したがって、原画と模写作品との間に表現上の実質的同一性が存在する場合には、模写制作者が模写制作の過程においてどのように原画を認識し、どのようにこれを再現したとしても、あるいは、模写行為自体に高度な描画的技法が採用されていたとしても、それらはいずれもその結果として原画の創作的表現を再現するためのものであるに

すぎず、模写制作者の個性がその模写作品に表現されているものではない。」

次に判決は、原画と模写作品の相違点によって、原告絵画に二次的著作物としての著作物性が認められるかという点について検討を行っている。

「…模写作品に、原画制作者によって付与された創作的表現とは異なる、模写制作者による新たな創作的表現が付与されている場合、すなわち、新たに思想又は感情を創作的に表現することにより、これに接する者が原画の表現上の本質的特徴を直接感得することができると同時に新たに別な創作的表現を感得し得ると評価することができる場合には、その模写作品は原画の二次的著作物として著作物性を有するものと解すべきである。以下、同判断基準に基づいて、原告絵画の著作物性の有無について判断する。」

「原告絵画を本件原画と比較すれば、原告絵画が本件原画の模写作品であるため、江戸時代の豆腐屋の店先における日常の出来事を躍動的に描こうとした本件原画の特徴的な表現をそのまま再現しているものというべきであり、その間に実質的同一性があることは明らかである。そして、次に述べるとおり、原告絵画においては、本件原画にはない創作的な表現が付加されているものと認めることはできない。

原告絵画においては、確かにこれを詳細に見れば、本件原画における、男性の頭が肩にめり込み、怒り肩になっていた浮世絵に特徴的な誇張的表現を、首のめり込む程度を若干減らし、怒り肩も若干盛り上がりを抑えた表現で描かれているものの、全体的に見ると両者の差異は細部における僅かなものであり、これを原告絵画における創作的な表現とみることは到底できないものである。また、原告絵画においては、女性に背負われた幼児の頭が反り返った程度が、若干抑えられて描かれているものの、これにより、石臼をひくために前傾姿勢を取っている女性と首を後ろに傾かせて寝ている幼児とのバランスに特段の変化が生じているということもできず、これを原告絵画における創作的な表現とみることもできない。さらに、画面右側上部の奥座敷に座り、油揚げを揚げている老婆については、本件原画より原告絵画の方が若干小さく描かれているほか、顔のしわなどの描写が多少簡略化して描かれているものの、顔のしわの描写については単に簡略化されただけであるとの印象を否定することはできず、老婆の体の大きさがやや小さめに描かれているとしても、その姿態から着物の柄に至るまで実質的に同一であり、そこに何らかの創作的な表現が付加されたことを肯定することはやはり困難である。またさらに、豆腐屋の店舗の様子についても、画面左下にある豆腐を入れる箱の上部四隅の金具、屋根、屏風の色ないし明暗、及び登場人物の着物の色などにおいて、異なる部分があるものの、これらは原告絵画において、精密な描写を省略し、若干の簡略化がなされたという程度のものであるとの印象を否定することはできず、そこに何らかの創作的な表現が付加されたものということはできない。

以上によれば、原告絵画は、本件原画の模写の範囲を超えて、これに亡Ａにより何らかの創作的表現が付与された二次的著作物であると認めることはできず、本件原画の複製物にすぎないものといわざるを得ない。」

このように述べて、原告絵画については著作物性を認めることができないのであるから、原告が主張する複製権侵害も、亡Ａの著作者人格権（氏名表示権）侵害も、いずれも成立しないと判示した。

最後に、判決は以下のようななお書きを付している。

「なお、被告が被告各パッケージに『江戸時代Ａ画』と表記したのは、亡Ａ著の『定本江戸商売図絵』の80頁の原告絵画の下に『出典・絵巻物〈近世職人尽絵詞〉文化二年鍬形恵斎画』と記載されていることなどから、原告絵画を既に著作権が消滅している江戸時代の絵と漫然と誤信したことによるものと認められる…。すなわち、このことは、被告が、原告絵画が江戸時代の豆腐屋の様子を描いた本件原画を現代において模写した作品であるとは知らないまま、被告各パッケージに原告絵画を使用したことを推認させるものであり、被告が仮に本件原画とその模写作品である原告絵画の両方の存在を知っていたならば、著作権が既に消滅している江戸時代の豆腐屋の様子を描いた浮世絵である本件原画を被告各パッケージに使用していたことをも推認させるものである。被告は、被告各パッケージに江戸時代の豆腐屋を描いた絵を使用したかったにすぎないのであり、被告が本件原画と原告絵画とを比較し、その細部における差異、すなわち、本

訴において原告が主張するところの、本件原画にはない原告絵画の創作的表現というような部分が存在するが故に原告絵画を使用したわけではないことは、被告各パッケージにおいて、原告絵画の複製物が『おぼろ豆腐二丁盛り』などの商品名の背景画として使用され、3人の人物像の一部や絵の細部が不明瞭であること…からも明らかであるといわざるを得ない。被告各パッケージからは、原告が原告絵画を二次的著作物と主張する根拠となる表現部分を看取することも困難なのである。」

原告控訴。

２．控訴審判決：控訴棄却

控訴審判決も、原判決を引用しつつ、原判決の誤りはないとして、原告の請求を認めなかった。

また、「モチーフと表現方法・手段とは不即不離、表裏一体の関係にあり、絵画のモチーフが異なれば、それに対応して、絵画の表現方法・手段も自ずと異なるのであって、表現方法の違いがそれぞれの絵画のモチーフの違いに由来するものであれば、その表現方法はおのおの絵画制作者の自覚的、自主的な個性、洞察力等に裏打ちされた結果であり、それはまさしく『精神的創作行為』が発揮された場面と呼ばれるにふさわしいものであって、控訴人絵画は、『江戸風俗の再現』という亡Ａ固有のモチーフに基づいて、これと相容れない本件原画の重要な表現部分を意図的に削り取り、そのモチーフにふさわしい表現方法に置き換えて表現しているから、控訴人絵画には本件原画とは明らかに異質な亡Ａ固有の表現方法が認められる」との控訴人の主張については、以下のように述べた。

「…絵画のモチーフの違いに由来する表現方法が『精神的創作行為』の発揮された場面と呼ばれるにふさわしいものであるとしても、その結果としての模写作品に新たな創作的表現が付与されたと認めることができなければ、著作物性を有するということはできないのであって、模写作品が原画と異なるモチーフに基づくものであるからといって、当然に、模写作品に著作物性が認められるというわけではない。」

よって、「控訴人絵画は、本件原画の模写の範囲を超えて、これに亡Ａにより何らかの創作的表現が付与された二次的著作物であると認めることはできず、本件原画の複製物にすぎないものといわざるを得ない。」との原判決は誤りがないと判示した。

【検討】

１．はじめに

本件では、被告が自己の商品である豆腐のパッケージに原告の絵画を用いたことについて、著作権侵害が成立するかが争われたが、原告作品がすでに著作権保護期間の終了している江戸時代の浮世絵を模写したものであったため、主に原告作品に二次的著作物としての著作物性が認められるか否かが争点となった。

亡Ａ及び原告は、本件以外にも、浮世絵を模写した作品が無断使用されたことに対し、別の者を被告として訴えを提起してきた。煮豆売りの姿を描いた絵画が、佃煮類を販売している新橋玉木屋のパッケージに一部改変されて用いられた「玉木屋事件」[*2]では、原告絵画の著作物性が認められたうえで、依拠なども肯定され、著作権侵害が認められた。原告絵画四点が、柏書房出版の『図説江戸考古学研究事典』に掲載された「柏書房事件」[*3]に

*2　東京地判平成11.9.28判時1695号115頁［玉木屋］。この事件においては、依拠の有無も争点となったが、広告、包装紙、パンフレット、チラシ等に用いられた被告図柄のもととなった被告元絵が本件絵画に酷似しているとして依拠が肯定されたうえで、複製権侵害として損害賠償300万円が認められ、さらに、原告絵画の前後の荷箱の文字を「座ぜん豆」から「津くだ煮」及び「玉木屋」に変更し、半纏の背の紋に被告の家紋を入れるなどしていることについて同一性保持権侵害、及び被告が被告図柄を広告、包装紙、パンフレット、チラシ等に使用する際に原告の氏名を表示しなかったことについて氏名表示権侵害を認め、これらの著作者人格権侵害について損害賠償100万円が認められた（【図３】参照）。

*3　東京地判平成18.3.23（平成17（ワ）10790号）最高裁 WP［柏書房一審］、知財高

おいても、そのうち二点について著作物性を肯定し、著作権侵害の成立を認めた地裁判決の判断が、控訴審においても維持されている。

これに対し、本件においては、一審・二審判決ともに、原告絵画が本件原画の複製物にすぎないとして著作物性を否定し、著作権侵害の成立を認めなかったため、侵害の成否についてはこれまでの判決と結論を異にしている。

そこで、以下では、これらの裁判例を比較しながら検討をすすめ、模写の著作物性が認められる基準について考察を行う[*4]。

２．創作性の判断基準

複製にすぎないか、あるいは翻案により二次的著作物が成立しているか

判平成18.9.26（平成18(ネ)10037号）最高裁 WP［柏書房控訴審］。東京地裁においては、二次的著作物として認められた原告絵画二点について複製権侵害が認められ、被告書籍の販売、頒布又は増刷発行の差止め（著作権侵害行為の停止又は予防に必要な措置としては、被告書籍の頁中、侵害とされた原告絵画を複製して掲載した部分の廃棄を認めることで十分であるとして、被告書籍全体の廃棄は認められていない）と、損害賠償28万8888円（うち、20万円は弁護士費用。複製権侵害については８万8888円）が認められた。控訴審においては、複製権についての損害賠償額については４万4444円と変更されたが、ほぼ原審の判断が維持された(【図２】参照)。

*4　以下、各判決における創作性の判断を検討するが、侵害の成否が決せられるにあたっては、創作性の判断において考慮される原画と原告絵画との距離（類似の程度）だけではなく、原告絵画と被告絵画との距離が影響している可能性もある。しかし、本件では、被告が豆腐のパッケージに原告絵画をフォトコピーしている（すなわち、原告絵画と被告絵画の距離が近い。ただし、明瞭に再現されているわけではない）にもかかわらず、侵害が否定されていること、柏書房事件においては、被告は原告絵画をフォトコピーしており、さらに、問題となった絵画数点のなかで、創作性の存否によって侵害の成否の結論が分かれていることを考えると、創作性の有無（すなわち、原画と原告絵画の距離）が侵害の成否の決め手となっているとみることができる。そこで、本稿では、まず、創作性の判断基準を検討し、原告絵画と被告絵画との距離を考慮する easy-to-copyright / difficult-to-infringe 基準の適用については、最後に検討を行う。

という区別は、侵害の態様が複製か翻案かという場面においては[*5]、いずれにせよ著作権侵害が成立するために、結論を左右するような問題にはならず、原著作物の著作者と二次的著作物の著作者とが別の者である場合に、許諾が必要となる範囲が変わってくるにすぎないとされる[*6]。本件では、原告絵画が存続期間の終了した著作物をもとに作成されたものであったため、二次的著作物の創作性の存否が顕著な問題となった[*7]。

*5　模写作品が原画の著作権を侵害しているかが問題となった事案として、エルミア・ド・ホーリィという、著名画家の絵画を模倣し、これを本物として売却していたとされている人物が制作したとみられる絵画一三点が、日本国内において展示・販売目的で輸入される際に、著作権侵害物品にあたるかが争われた事件がある。東京地裁は、画中人物等の数や描写、首飾りの有無等、また色調に原画との相違を認めたが、原画の複製物に該当すると解するのが相当であるとした（大阪地判平成8.1.31知裁集28巻１号37頁［エルミア・ド・ホーリィ贋作一審］)。この点、控訴審では、原画の複製物ないし二次的著作物に該当すると解するのが相当であるとの言い方に改められている（大阪高判平成9.5.28知裁集29巻２号481頁［エルミア・ド・ホーリィ贋作控訴審］)。エルミア・ド・ホーリィ独自の主張と表現が盛り込まれており、原画とは全く別個独立の著作物である旨の主張も、両審において否定されている。

同様に絵画の同一性が争われた事案として、東京地判平成4.11.25知裁集24巻３号854頁［山の民家］がある。茅葺き屋根の合掌造りの民家の集落を描いた素描画が、画集「山の民家」や絵葉書に掲載されていたところ、その素描画が被告らの土産用暖簾に複製利用されているかが争われた。東京地裁は、被告絵画には木・山等が描かれておらず、また、原告著作物は、画面全体が繊細なやわらかい黒色の線によって緻密にかつ写実的に描かれた素描画であるのに対し、被告絵画は、画面全体が太目の濃淡のある黒い線で写実的な木版画風に描かれた絵画であるといった相違を認めつつも、細部に至るまで一致している点を捉えて依拠を肯定し、複製権の侵害を認めた。

*6　田村善之『著作権法概説』（第２版・有斐閣・2001年）111-112頁、中平健「翻案権侵害の成否」牧野利秋=飯村敏明編『新・裁判実務大系22　著作権関係訴訟法』（青林書院・2004年）335頁（複製と翻案の境界線を確定する実益を主張する見解もある)。複製・翻案について、橋本英史「著作物の複製と翻案について」清水俊亮=設楽隆一編『現代　裁判法体系26［知的財産権］』（新日本法規・1999年）374-401頁も参照。

*7　本件と同じような争点が生じた事案として、天正菱大判から「拾両」の文字を

（１）玉木屋事件

玉木屋事件判決は、著作物性の判断において、江戸時代の浮世絵である原画と、原告制作の絵画との相違点を比較し、①原告絵画には、原画にない荷箱の右側の下半分の部分が描かれていること、②荷箱、天秤棒及び人物の位置関係が異なっていること、③肩や太股など人物の表現に違いがあること、④右手の肘、眉毛など人物の各部位の描写に違いがあることをあげ、原告の絵画は、本件原画をそのまま機械的に模写したものではないことは明らかであって、本件絵画は、創作性を有するとした。

このように玉木屋事件判決においては、原画と原告絵画の違いは、機械的な模写であるか否かを判断するための材料として用いられている。よって、その違いがどのようなものであるかを問わず、機械的模写でないことを根拠として、創作性を肯定していると思われる。

削って笹大判の「拾両」の文字を代入し、その上部に一つ、下部に二つある菱形の中に桐の模様を配した紋章の桐の模様をそれぞれ鮮明な模様と差し替え、両側に大きな桐の模様をあしらった小判の著作物性が争われた事案がある。大阪地裁は、「全体的にみて、申請人の大判が既存の著作物である天正菱大判の本質部分を基礎とする作品であることは疑いを容れないところであり、既存のものに前記程度の軽微な修正増減を施したからといつて、そのため別個の美術工芸的価値が生ずるに至ったものとは認め難い」として、著作物性を否定した（大阪地判昭和45.12.21無体集２巻２号654頁［天正菱大判］）。

また、絵画ではなく文章の著作物性が問題となったケースではあるが、およそ一〇世紀中ごろに成立したと推定されている作者不詳の戦記文学「将門記」の訓読文の著作物性が争われた事案においては、変体漢文を訓読する作業の各々について、訓読者各自の学識、文章理解力、表現力の差異等により、訓読者各自の個性の表現ともいうべき異なった結果が生じるものであり、本件訓読文は、これに先立って公表されている「将門記」についての他の訓読文と比較すれば、幾多の点で相違するから、原告の学識経験に基づく独自の訓読文として完成されている、として著作物性が認められた。引用の成立も否定され、著作権侵害として損害賠償請求が認められている（東京地判昭和57.3.8無体集14巻１号97頁［将門記訓読文］）。

後掲・注27も参照。

（２）本件

玉木屋事件判決と異なり、本件の一審判決は、模写制作者が自らの手により原画を模写し、具体的な表現において多少の修正、増減、変更等が加えたとしても、模写作品が原画と表現上の実質的同一性を有している以上は、当該模写作品は原画の複製物というべきであるとして、模写制作の各過程（認識行為と再現行為）においてそれぞれ模写制作者の創作性が発揮されるのであり、仮に原画と模写作品が酷似していても、機械的模写でない限り常に創作性が認められるとの原告の主張を排斥した。

そのうえで、本件原画と原告絵画とを比較して、個別具体的にその差異を検討し、創作性の判断を行っている。原告絵画においては、①男性の頭が肩にめり込む程度を若干減らし、怒り肩も若干盛り上がりを抑えた表現で描かれている点、②女性に背負われた幼児の頭が反り返った程度が、若干抑えられて描かれている点、③油揚げを揚げている老婆が若干小さく描かれおり、顔のしわなどの描写が多少簡略化して描かれている点、④豆腐屋の店舗の様子について、画面左下にある豆腐を入れる箱の上部四隅の金具、屋根、屏風の色ないし明暗、及び登場人物の着物の色などにおいて、異なる部分がある点に差異があるものの、これらは細部における僅かな差異に過ぎない、あるいは単に簡略化されただけであるとし、何らかの創作的な表現が付加されたものということはできないと結論している。

控訴審判決も、ほぼ一審判決を維持し、「江戸風俗の再現」という固有のモチーフに基づいているから、原画とは明らかに異質な固有の表現方法が認められるという控訴人の新たな主張に対しても、その結果としての模写作品に新たな創作的表現が付与されたと認めることができなければ、著作物性を有するということはできないとして、その主張を認めなかった。

（３）柏書房事件

本件においては原告絵画の創作性が否定されたのに対し、柏書房事件においては、問題となった原告絵画四点のうち二点に創作性が認められ、著作権侵害の成立が肯定された。侵害の成否としては本件と結論を分けることになったが、創作性の判断枠組みとしては、本判決で示された基準と異

なるところはなく、機械的模写でない限り創作性が認められるとの原告主張を排斥したうえで、二次的著作物としての新たな創作的表現が付与されているかについて、原画と原告絵画との比較検討が行われている。本件と比較すると、柏書房事件においては、問題となった原告絵画のなかに、原画に加えられた変更の程度が大きいものがあったために、それらについて創作性が認められたと考えられる。

まず、柏書房事件において創作性が否定された原告絵画二点において、原画と原告絵画との違いは、本件で問題となった絵画と同程度のものであったと考えられる。江戸時代の酒屋の店先における人物三人の様子を描いた絵画では、登場人物の顔や首、腰の曲がり方といった差異について、いずれも些細な変更を加えたものにすぎないと評価されている。また、家の座敷で三味線を弾く男性と、子供をあやしている女性を描いた浮世絵から、蚊遣り、蚊遣りから立ち上る煙、松葉の入った籠のみを描いた模写作品については、煙の流れの描き方や籠の配置に多少の差異が見られるが、これは原画が浮世絵であるのに対し、原告絵画が画筆で描かれていることによる差異以上のものではないとして、新たな創作性の付与が否定された。控訴審判決は、新たに相違点として明示された、原画にある文字が記載されていないこと、「蚊いぶし」の文字を追加し、墨線主体で描いた点についても、それらを考慮しても二次的著作物と評価することはできないとしている。

一方、他の原告絵画二点については、新たな創作的表現が付与された二次的著作物と認められた。一審判決は、まず、古井戸から飛び出した幽霊に驚く焼継師の様子が描かれた原画をもとに描かれた原告絵画について、亡きAが江戸時代の風俗や町人の様子を描くという観点から、焼継師が幽霊に驚いて天秤棒のひもから右手を離した姿態や、幽霊に驚いて首をすくめている様子などの特徴的表現部分を変更して、焼継師の右手が天秤棒から右側の木箱をつるしたひもを掴み、また、首をすくんでいない状態に描かれているものであり、あたかも江戸の町中を歩きながら後ろを振り返っているような焼継師の様子を淡々と描いているとして、この点で亡Aの考え方が創作的に表現されているとしている。また、高貴な者が焼継をするという狂歌の場面を主題として高貴な人物が描かれている原画をもとに、焼継師の姿などを抜き描きして、まげやひげに変更を加えた原告絵画については、原画が、高貴な者が焼継師に従事しているという狂歌と組み合わせた遊び絵であるのに対し、原告絵画は、江戸時代の町人の風俗やその生活振りを描くという目的から、町人の焼継師を描いたものであり、焼継の仕事をしている焼継師の様子を淡々と描いているものである点で亡Aの思想が創作的に表現されているものというべきであるとしている。

このように、一審判決では、原画との具体的な差異を認定しつつも、主題の変更に重点がおかれて創作性が肯定されたようにみえる。この点については、控訴審判決が補足しており、モチーフが異なることによって、模写作品の表現方法・手段が原画のそれと異なるものとなるとしても、その結果として、原画に存しない創作的表現が模写作品に新たに付与されているのでなければ、模写作品は二次的著作物とはならないと述べている。よって、創作性が認められた原告絵画二点についても、原画との具体的差異から創作性の認定を行っており、焼継師が首をすくめない状態で右手で天秤棒のひもをつかんでいるため、全身の姿勢において原画とは異なる姿が描かれていること、まげが変更されることにより、人物画において見る者の注目をひく枢要部である頭部・顔面において、原画とは異なる容貌が描かれていることから、いずれも、些細な変更にとどまるものでなく、作品全体としても異なる印象を受けるものであるから、亡Aによる創作的表現が付与されており、二次的著作物に該当すると判示している[*8]。

（４）各判決の位置づけ

玉木屋事件判決、本件各判決、柏書房事件各判決の創作性についての判断を比較すると、まず、玉木屋事件では、最も容易に創作性が認められている[*9]。すなわち、機械的模写でなく、原画と何らかの差異が存在すれば、

*8　岡邦俊「続・著作権の事件簿（93）」［本件一審判批］JCAジャーナル53巻7号（2006年）77頁は、柏書房事件一審判決の結論をきわめて妥当であるとしている。

*9　一般には、本判決が述べるように、多少の修正、増減、変更等が加えられたとしても、もとの著作物と表現上の実質的同一性を有している以上は、複製物にすぎ

創作性を肯定するという基準をとっていると考えられる[*10]。それに対し、本件と柏書房事件においては、原画との差異によって「新たな創作性」を付与された二次的著作物と認定できるかということについてより詳細な検証が行われている[*11]。

原画と何らかの違いがあればよいわけではなく、新たな創作性を備えて初めて二次的著作物としての保護が認められるとすると、次に、どの程度の差異が生じれば、新たな創作性があると認められるのかということが問題となる。この点についても、本件及び柏書房事件においてなされた具体的な創作性の認定を照らし合わせてみると、一定の基準が示されていると

ず、翻案により新たな創作性が加えられて、はじめて二次的著作物が成立すると考えられており、その点からみても、玉木屋事件判決は、容易に二次的著作物としての著作物性を認めてしまっているように思われる（ただし、侵害の場面における複製物に該当するという判断と、本件のようなケースでは、同一には論じることはできないかもしれない）。

例えば、平面的な版画及びわずかな凹凸のある版画を撮影した写真の著作物性が問題となった事案においては、版画をできるだけ忠実に再現した写真を撮影するためには、光線の照射方法の選択と調節、フィルムやカメラの選択、露光の決定等において、技術的な配慮をすることが必要であるという事実が認められたが、「原作品がどのようなものかを紹介するための写真において、撮影対象が平面的な作品である場合には、正面から撮影する以外に撮影位置を選択する余地がない上、右認定のような技術的な配慮も、原画をできるだけ忠実に再現するためにされるものであって、独自に何かを付け加えるというものではない」として、著作物性が否定されている（東京地判平成10.11.30知裁集30巻４号956頁［版画事典］）。

*10　玉木屋判決におけるこのような基準への批判的な見解として、大瀬戸豪志「模写の著作物性－新橋玉木屋事件」［玉木屋事件判批］斉藤博=半田正夫編『著作権判例百選』（第３版・有斐閣・2001年）21頁、岩坪哲「江戸時代の原画を参考に制作された絵画の著作権侵害」［玉木屋事件判批］村林隆一先生古稀記念論文集刊行会編『判例著作権法』（東京布井出版・2001年）73頁。

*11　駒沢公園行政書士事務所日記「2006年05月22日『江戸庶民風俗図絵模写－豆腐屋－』事件～著作権　損害賠償等請求事件判決（知的財産裁判例集）～」＜http://ootsuka.livedoor.biz/archives/50408252.html＞（確認2007-02-28）、杉浦正樹「最近の著作権裁判例について」コピライト2007年２月号４頁

考えられる。

本件と柏書房事件において創作性が否定された原告絵画においては、原画における表現が簡略化されていたり、描かれているものの位置が若干異なっていたり、人物の姿態を若干変化させることがなされている。一方、創作性が認められた原告絵画をみてみると、まず、天秤棒を持った焼継師の絵画については、単に場面や絵画の主題に合わせて人物の姿態を変更したというだけではなく、原画の中で情景の中の登場人物として大まかに描かれている人物を切り出し、後ろから見た人物の頭部、着物の柄、足元、箱の中の焼き物まで、もともとは簡略に描かれているものを（模写制作者の想像のもとに）補う形で、より詳細かつ明確に人物が描かれている様子を見ることができる。狂歌と組み合わせた遊び画である原画をもとに焼継師を描いた原告絵画においても、高貴な身分の者から町人へ変更させるために、まげを変え、ひげが削除されており、そのことによって人物の顔が原画とは明らかに異なる絵画となっている。

以上の点をまとめると、線の太さ、色彩、描かれているものの位置関係の変更など、アイディアの範囲にとまるとも考えられるような変更や、原画を若干簡略化するような場合においては、創作性が否定される傾向にあると考えられる。模写は「まねてうつす」というその性質上、線の太さ、描かれているものの位置関係などを変更する場合、簡略化する場合などは、表現の幅に制限があるためではないだろうか[*12]。他方、逆に、原画をもとにより詳細に描く場合や、あるいは、高貴な人物を町人へ変更することにより人物の顔・頭部が変化するなど、一部を明らかに変化させる場合は、

*12　淡い色彩が加えられている原画と、白黒で描かれている原告絵画を比べると、一見したときに受ける全体的な印象が異なっているようにも見えるが、被告側が提出した参考絵画（原告絵画を参照することなく、本件原画をフィルム状のトレーシングペーパー上に置き、面相筆を用いて溝引きの手法によりトレースして作成した模写作品）と原告絵画とを比較するとその違いはごく僅かであり、また、カラーから白黒へと表現の選択の幅の狭い方向への変更がされている点を考えても、本件において色彩の変更から生じる違いによって、創作性が肯定されることはないように思われる。

創作性が肯定される方向に働くととらえることができる。一部を明らかに変化させる場合は、どのように変更を加えるかについて、必然的に模写制作者の新たな想像を必要とするため、様々な選択肢が考えられる。

したがって、選択の幅が狭い範囲の方向へなされた変更については創作性を否定し、逆に選択の幅が広い方向へなされた変更については創作性を肯定するという基準がとられているのではないかと思われる[*13]。

３．easy-to-copyright / difficult-to-infringe 基準の適用について

創作性の判断においては厳格な基準を適用せず、保護範囲を狭くすることで侵害段階において調整を行うという考え方もあるところ[*14]、玉木屋事

*13　著作権法が本来予定していた創作性が人格の流出である個性であったとしても、機能的・事実的著作物においては、個性による創作性の判断が難しいという問題意識のもとに、創作性を「選択の幅」として統一的に捉えようとの提言をなすものとして、中山信弘「創作性についての基本的考え方」（シンポジウム　創作性）著作権研究28号（2003年）2-11頁。思想・感情の表現であるところの情報の豊富化に寄与するという著作権法の目的から考えると、他の選択肢が残されていないような表現については、創作性を否定すべきであるという考えが示されている。

*14　大寄麻代「著作物性」牧野利秋=飯村敏明編『新・裁判実務大系22　著作権関係訴訟法』（青林書院・2004年）132頁。

この考え方を明示的に示した判決として、東京高判平成14年10月29日（平成14(ネ) 2887号・平成14(ネ)4580号）最高裁 WP［ホテルジャンキース控訴審］がある。「ある表現の著作物性を認めるということは，それが著作権法による保護を受ける限度においては，表現者にその表現の独占を許すことになるから，表現者以外の者の表現の自由に対する配慮が必要となることはもちろんである。…しかし，この点の配慮は，主として，複製行為該当性の判断等，表現者以外の者の行為に対する評価において行うのが適切である，と考えることができる。一口に創作性が認められる表現といっても，創作性の程度すなわち表現者の個性の発揮の程度は，高いものから低いものまで様々なものがあることは明らかである。創作性の高いものについては，少々表現に改変を加えても複製行為と評価すべき場合があるのに対し，創作性の低いものについては，複製行為と評価できるのはいわゆるデッドコピーについてのみであって，少し表現が変えられれば，もはや複製行為とは評価できない場合がある，というように，創作性の程度を表現者以外の者の行為に対する評価の

件判決も、原告絵画に高度の創作性を認めがたかったものの、原画よりは原告絵画に近接する被告絵画について著作権の保護範囲に含めてよいと結論した可能性も示唆されている[*15]。

本件についても、第一審判決のなお書きにおいて示されているように、被告の使用態様が、人物像の一部や絵の細部が不明瞭であって、原告独自の表現部分を看取することも困難であるようなものだったのであれば、著作物性は認めたうえで、侵害を否定することもできたのではないかとの指摘がなされている[*16]。ただし、被告が製造販売した豆腐のパッケージに原告絵画を印刷して使用したということが認定されており、原告絵画に依拠して変更等を加えずにそのまま利用していることから、創作性が認められる場合には、侵害が肯定される可能性もあるように思われる。

柏書房事件では、問題となった原告絵画四点のうち、二点については創作性が否定されたものの、他の二点については創作性及び著作権侵害が肯

要素の一つとして考えるのが相当である。このように，著作物性の判断に当たっては，これを広く認めたうえで，表現者以外の者の行為に対する評価において，表現内容に応じて著作権法上の保護を受け得るか否かを判断する手法をとることが，できる限り恣意を廃し，判断の客観性を保つという観点から妥当であるというべきである。」と述べている。

*15　前掲・岩坪74頁。ただし、このような考え方については、創作性の乏しい他人の成果物を模倣する行為に対しては、不正競争防止法や不法行為法により対処されるべきであると批判している。また、被告元絵が原告絵画の複製に該当するとした後、被告元絵を修正して作成された被告図柄も本件絵画の複製に該当するとの判決の論法について、端的に原告絵画と被告図柄との対比を行うべきであったとも指摘している。

*16　企業法務戦士の雑感「『模写』作品の著作物性」＜http://d.hatena.ne.jp/FJneo1994/20060603＞（確認2007-02-28）。なお、第一審判決のなお書きでの判示は、室内照明器具の宣伝用カタログ中に和室内の床の間に掛けられた書が写真で小さく掲載された場合に、「被告各カタログ中の原告各作品部分は、墨の濃淡、かすれ具合、筆の勢い等の原告各作品における特徴的部分が実質的に同一であると覚知し得る程度に再現されているということはできないから、原告各作品の複製物であるということはできない」との判断を示した、東京地判平成11.10.27判時1701号157頁［雪月花］の判示が（仮に本件において創作性が肯定された場合であっても）適用される可能性を示唆しているかもしれない。

定されており、よって、創作性の判断について緩やかな基準が用いられていれば、残り二点についても著作権侵害が認められたと考えられる。被告の使用態様も、原告絵画が書籍に掲載されているものであるところ、被告も『図説江戸考古学研究事典』という書籍に原告絵画を掲載しており、引用として非侵害とされる可能性を除けば[*17]、競争的利用がされているとして、侵害が認められる可能性が高まるように思われる。

easy-to-copyright / difficult-to-infringe 基準の目的とするところは、判断が微妙となりがちな創作性の有無での結論を回避し、創作性は広く認めた上で、著作物をそのまま複製して用いるなど競争的な利用行為を排他権の範囲に含めるところにあると考えられる。

しかし、音楽、美術などの芸術的な分野における著作物については、創作性の高低の基準が人によって異なり、裁判所の判断になじまないために、創作性の程度を問うべきではないといえるが[*18]、本件の模写作品のような二次的著作物についても、「他と異なる」ものであれば創作性を認めるという基準を用いることは、必ずしも適切とは言えないように思われる。

表現における選択の幅がほぼ無限に存在する場合であれば、他と異なりさえすれば、ほぼ常に創作者の個性・独創性が表れると考えられる。例えば、風景を写生する場合であれば、それをどのような構図で、どのような方法でどのように表現するかということについて、無限の可能性があるため、描く人が異なれば必然的に異なる絵画ができあがると考えられる[*19]。

*17　被告書籍における原告絵画の掲載態様をみると、『図説江戸考古学研究事典』という江戸考古学の事典において、「徳利」「焼継」「蚊遣り」などの解説文に付随する形で、1頁の約9分の1～12分の1程度の大きさで掲載されている。ただし、絵画自体について批評・解説がなされているわけではなく、挿絵のように用いられていることから、引用とされることは難しかったかもしれない。

*18　田村・前掲12頁

*19　定まっている対象を写実的に描く場合などは、選択の幅が狭くなると考えられるが、それでも様々な表現のあり方がありうると思われるので、通常は、創作性が認められると考えられる。例えば、科学雑誌に登載する目的で動物の生態を写実的に描いた原画を、承諾を得ないで他に転載した行為等が問題となった事件において、裁判所は、「これらの原画は、各原告が、永年にわたって集めた資料にもとづいて、各原告の美術画家としての感覚と技術とを駆使して、動物の生態を写実的に描いたものであることが肯認されるから…、各原告は各原画の製作により、これに対するその著作権を取得したものということができる。」、「被告は、これらの原画が、科学雑誌に登載することを目的とするものであり、実物の正確な模写であることが要求されるものであるから、美術作品ではない、と主張するが、そのような目的ないしは制約のあることは、前記認定のようにして製作された各原画の創造的な精神的労作としての性格を失わしめるものではない。」として、著作物性を否定してはいない（東京地判昭和36.10.25判タ124号92頁［昆虫挿絵］）。

また、平面的な絵画をもとにした立体化についても、立体化の際に想像力を補う形で制作されているものであれば、創作性が認められると考えられる。菓子類のおまけである各種フィギュアの著作物性が問題となった事件においては、大量生産品であったため、結局、純粋美術と同視しうる美術の著作物であることが否定されたものもあったが、創作性の判断においては、第二審（大阪高判平成17.7.28判時1928号116頁［チョコエッグ控訴審］）は、例えば、問題となった妖怪フィギュアについて「平面的な絵画をもとに立体的な模型を制作する場合には、制作者は、絵画に描かれた妖怪の全体像を想像力を駆使して把握し、絵画に描かれていない部分についても、描かれた部分と食い違いや違和感が生じないように構成する必要があるから、その制作過程においては、制作者の想像力ないし感性が介在し、制作者の思想、感情が反映されるということができる」として、創作性を肯定した。第一審（大阪地判平成16.11.25判時1901号106頁［チョコエッグ一審］）も、例えば、動物フィギュアについて「実在の動物の形状等を可能な限り写実的に模倣して制作される模型原型については、機械的に写真に撮影したとか、誰が作成してもほぼ同じような表現にならざるを得ないような類型的な表現方法によった場合と異なり、高度に写実的な動物の模型を制作するという表現手段の中に、様々な技術や工夫が用いられており、著作者の個性が現れた創作行為が存在することは否定できない」と述べて、原画の忠実な三次元化であってありふれた彩色であるとしたアリスフィギュア以外のフィギュアについては、創作性を肯定した。

しかし、何もないところから著作物を創作するのと異なり、二次的著作物の場合、原著作物との間に僅かな違いしかないような表現の範囲においては、表現の選択の幅は狭小なものであると考えられる。特に、本件で問題となったような模写作品であれば、「まねてうつす」という性質上、表現に一定の制約が内在するため、表現の選択の幅が非常に限定されている。このように表現の選択肢が限られたところについて、僅かに他のものと異なる程度で新たな著作物と認めることは、著作権法の目的とされる多様な

表現の豊富化をもたらすというよりは、むしろ、本来自由に利用できるはずの著作物の利用を抑制しかねないように思われる[*20] [*21]。

また、原告作品をそのまま複製利用することに侵害の範囲を限定するならば、被告が自ら原画にあたって、それを用いることは妨げられていないが[*22]、それは結局、「額に汗」の保護を意味するにすぎないのではないだろうか[*23] [*24]。

*20　原画と模写作品との違いが僅かなものであれば、被告絵画と原告絵画との差異も僅かなものであると考えられる。依拠の有無が争われた場合、被疑侵害物件が、原画をもとにしたものであるか、原告作品に依拠したものかの判定は難しい。この場合、依拠が立証されなければ侵害を否定するとしても、原画を利用する者がこのような訴訟に巻き込まれる可能性は高まり、結果として、パブリックドメインの利用を抑制することになりかねない。このような状況を未然に防ぐためには、原画と二次的著作物との違いを確実にしておく必要があると考えられる。原著作物と僅かな違いがあるというだけで、二次的著作物の成立を認めると、事実上、著作権の存続期間の潜脱を認めるのと同様の状況を許すことにもなるおそれもある。

*21　容易に二次的著作物の成立を認めると、重畳的権利関係が発生することにより、著作物の円滑な流通にとって過剰な障害となるおそれがあるとし、表現の幅が必然的に狭まっている二次的著作物の成立には、より高い創作性のレベルが要求されるのではないかという見解も示されている（島並良「二次創作と創作性」著作権研究28号（2003年）34頁）。

*22　山本隆司「複製権侵害の成否」牧野利秋=飯村敏明編『新・裁判実務大系22　著作権関係訴訟法』（青林書院・2004年）328頁は、アイディアや事実の自由利用のために創作性のない表現の流布は奨励されるべきところ、それを書き直すよりはその部分をコピーすることが簡便かつ正確であり、奨励こそすれ阻害されるべきではないとして、そのまま著作物を複製するデッドコピーについては創作性の程度が低くても同一性を認定するという考え方を批判している。

*23　「額に汗」について、編集著作物としての保護を受けるためには、素材の選択と配列に創作性があることが必要であり、情報の収集にいくら労力を投じたとしても、著作権法の保護にはなじまないという議論を参照（田村・前掲24-25頁、同25頁注1記載の文献も参照）。

*24　そもそも模写というものは、まねて写すという性質上、二次的著作物という保護になじみにくいと考えられる。正確に元の著作物を再現することに対していかに労力や能力が費やされたとしても、忠実な模写を行うほど保護される可能性が低くなるということになってしまう。正確な模写をするためにいくら労力が費やされたとしても、それは著作権法の保護対象ではないということになるだろう。

以上のように考えると、少なくとも本件で問題となったような模写作品については、創作性での判断を回避して侵害段階で調節することが、必ずしも著作権法の目的にかなう帰結をもたらすわけではないと思われる。本件における原告写作品のように、江戸時代の著作物を現代において有用な情報として再伝達するということに意義があるとしても、著作権法の目的に鑑みれば、原画とは別の「新たな創作性」が付与された著作物として評価しうるか、すなわち著作権法による保護がなされるべき対象と評価しうるかという判断を、創作性の有無の段階で判断することは、やはり必要であると考えられる[*25]。労力の保護、競争的な模倣行為を禁止する必要があるというのであれば、本来、不正競争防止法や不法行為など、著作権法によらない他の法的保護が検討されるべきであろう[*26][*27]。

*25　本件の原告絵画が収録されている原告の書籍においては、江戸時代の浮世絵という資料を収集し模写してまとめているという点にも、労力が注がれていると考えられるが、仮に浮世絵の複製そのものをまとめた資料であるならば、それはパブリックドメインとして誰でも使うことが許される以上、複製物に相当するような模写作品についても、やはり、著作権法の保護は及ぶべきではないと考えられる。

*26　最近では、著作物性の有無が問題となる事案において、著作物性が認められないとして著作権侵害を否定したうえで、不法行為による救済を認める裁判例もみられる（新聞ニュース報道の記事見出しについて著作物性が否定されたヨミウリオンライン事件控訴審判決（知財高判平成17.10.6（平成17(ネ)10049号）最高裁 WP［YOL 控訴審］）、一般人向けの法律問題の解説書の著作物性を否定した判決（知財高判平成18.3.15（平成17(ネ)10095号）最高裁 WP［法律書籍控訴審］）。一方、東京地判平成16.3.24判時1857号108頁［YOL一審］、大阪高判平成18.4.26(平成17(ネ)2410号）最高裁 WP［初動付加トレーニング控訴審］では、不法行為の成立が否定されている）。

いかなる行為に不法行為の成立を認めるべきかという点については、さらなる検討が必要となると思われるが、著作物性を認めがたいものについて、競争的なフリーライド行為を規制する方策としては、有用な手段であると思われる。

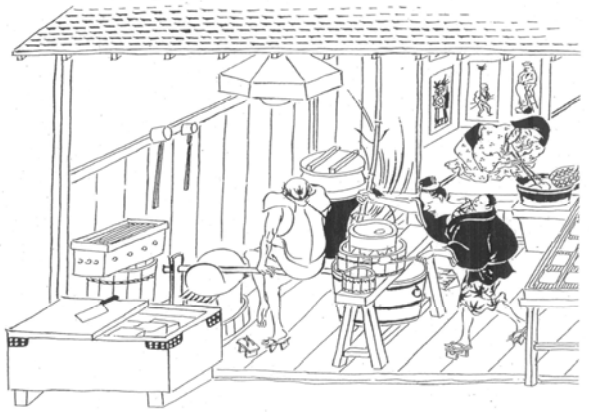
*27　前掲・将門記事件は、原告が「将門記」という書籍を出版していたところ、被告が「平将門記」と「将門の旅」と題する書籍を発行し、被告両図書にはそれぞれ、原告図書の五四頁から一四〇頁までの偶数頁に存する本件訓読文が写真版により複製され、「真福寺将門記」と題されて、四四頁にわたり登載さていたという事

案であった。結論としては、著作権侵害の成立が認められたが、訓読文は表現の選択肢が限られているため、創作性が認められない部分が少なくないとしつつ、著作権法による保護が認められないとしても、不法行為責任の発生を肯定すべきとの見解も示されている（田村・前掲23-24頁注1）。

前掲・天正菱大判事件は、パール工芸品・貴金属の加工・売買を業とする者が、大阪にて開催された日本万国博覧会を記念する目新しい商品として、世界最大の金貨と称せられる天正菱大判の意匠に慶長笹大判の意匠を加味した純銀製および純金製の大判を製造し、百貨店店頭およびダイレクトメールにより大々的に売出していたところ、その製造・販売行為が順調に伸びているのをみて、これを模倣しようと企図し、天正菱大判と同一の大きさ、形状で、申請人の大判の意匠と類似の意匠を付した純金製大判を製造・販売したという事案であり、著作物性が否定されたとしても、登録が必要となるものの意匠法による保護や、あるいは、現在では不正競争防止法2条1項3号のデッドコピー規制による救済が可能と考えられる事案であった（田村・前掲13頁）。

【図1】

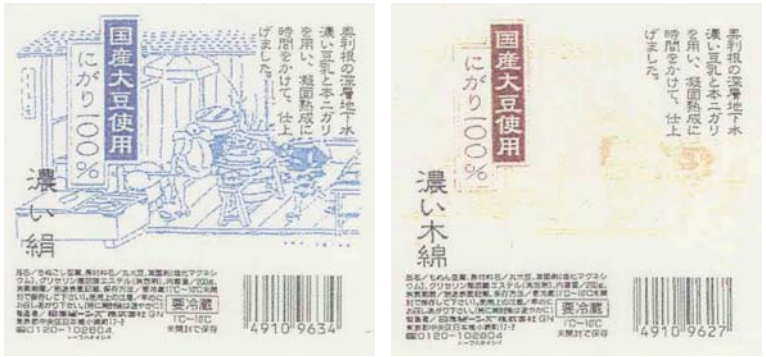
原告絵画目録



本件原画目録

「濃い絹・濃い木綿　200g」

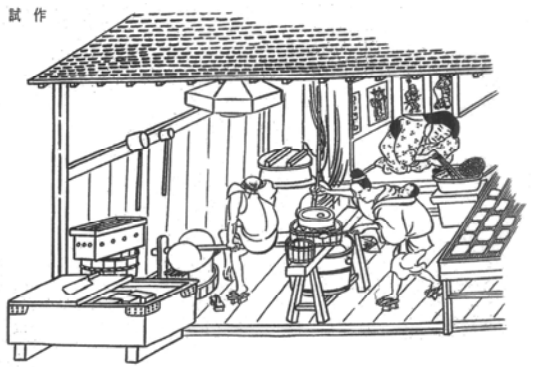
「国産大豆使用　濃い絹・濃い木綿　200g」



「にがり寄せ　400g」

「おぼろ豆腐　二丁盛り」

本件参考絵画目録



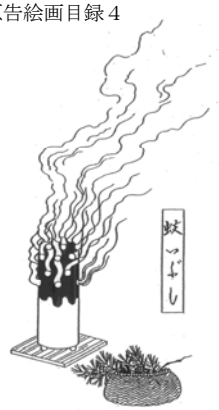
【図２】

原告絵画目録１

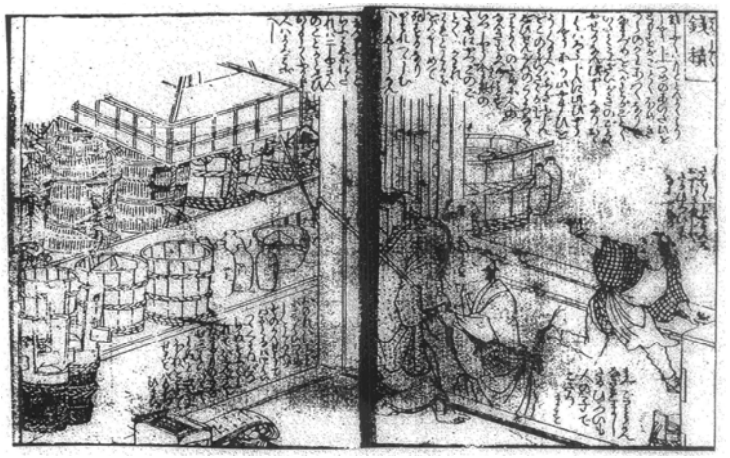
原告絵画目録２

原告絵画目録３

原告絵画目録４



本件原画目録１

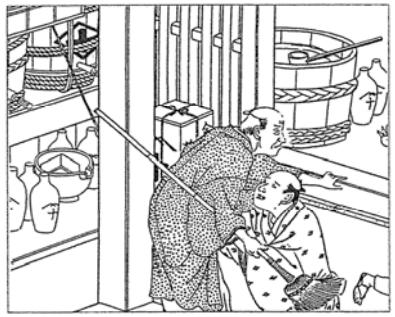


本件原画目録２

本件原画目録３

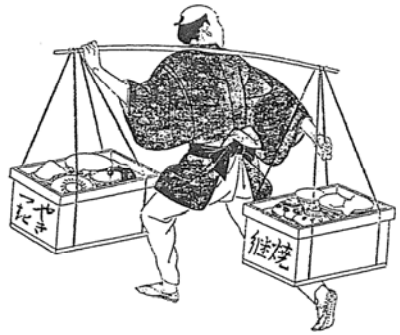
本件原画目録４

参考：被告絵画



江戸遺跡研究会編
『図説　江戸考古学研究事典』
（2001年・柏書房）186頁より
『一刻値万両回春』寛政10年(1798)

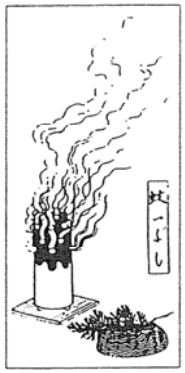
江戸遺跡研究会編
『図説　江戸考古学研究事典』
（2001年・柏書房）258頁より
三谷一馬『江戸物売図聚』(1979)
原典：享和3年(1803年)
『怪談模々夢字彙』



江戸遺跡研究会編
『図説　江戸考古学研究事典』
（2001年・柏書房）258頁より

三谷一馬『定本江戸商売図絵』(1986)
原典：文政頃年(1818～30年)
『略画職人尽』

江戸遺跡研究会編
『図説　江戸考古学研究事典』
（2001年・柏書房）360頁より

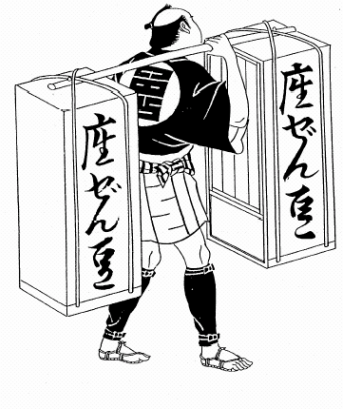


陶器の蚊遣り
松葉がくべてある　三谷一馬
『江戸庶民風俗絵典』(1970)

【図３】

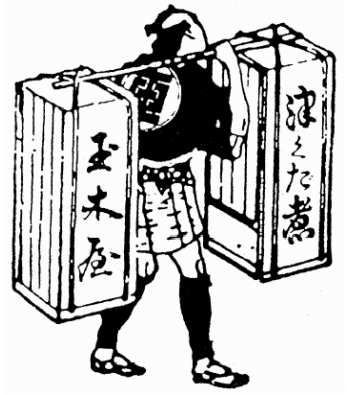
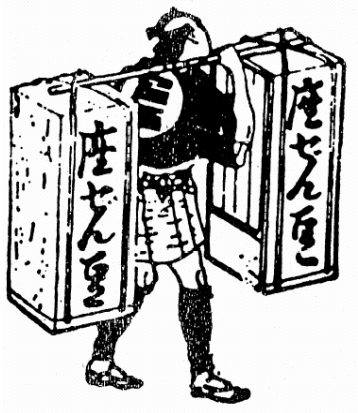
〈玉木屋事件〉

原告絵画



原画

被告絵画



被告元絵